

«ВАС РФ СВОИМИ СИЛАМИ НЕ СМОЖЕТ РЕШИТЬ ПРОБЛЕМУ ПРИВЛЕЧЕНИЯ КОНТРОЛИРУЮЩИХ ЛИЦ К ОТВЕТСТВЕННОСТИ»

Опубликованный в феврале проект Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ об ответственности лиц, входящих в состав органов юридического лица, посвящен в первую очередь ответственности директоров за убытки, причиненные компанией. О том, какие недостатки есть в проекте Постановления, почему арбитражные суды не могут проверять коммерческую сторону сделок, а также о том, почему ВАС РФ в ближайшее время сам не сможет решить проблему привлечения к ответственности контролирующих лиц, рассказывает партнер Адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры» кандидат юридических наук **Дмитрий СТЕПАНОВ**.

— Дмитрий Иванович, в последние годы ВАС рассмотрел не много дел об ответственности директоров за убытки, причиненные компанией. Несмотря на это, ВАС разработал проект Постановления Пленума, посвященного данному вопросу. Существует ли затронутая проблема на практике?

— Проблема привлечения к ответственности директоров есть, но она не столь значима, как можно подумать. Появление проекта Постановления Пленума — это скорее благое пожелание суда в рамках политico-правового тренда. Взыскание убытков во всех областях гражданского оборота стало одной из основных идей, продвигаемых Высшим Арбитражным Судом. В корпоративной сфере это выражается в том, что суды вместо признания недействительными сделок или решений органов управления компаний пытаются направить участников оборота на взыскание убытков. К тому же практика привлечения к ответственности директоров дисциплинирует их и заставляет вести себя более осмотрительно. В этом смысле проект становится инструментом превенции. В целом такой подход можно всемерно приветствовать.

— Возможно, ВАС не столько развивает свою тенденцию, сколько следует иностранный практике. За рубежом, насколько я знаю, привлечение директоров к ответственности распространено.

— Однозначно сложно сказать, насколько широко там такая практика распространена. К примеру, в США таких дел довольно много. Но у американцев



Дмитрий Иванович Степанов родился 20 февраля 1977 г. в Боровске Калужской области. В 1999 г. с отличием окончил Вологодский филиал МГЮА, в 2001 г. — с отличием Российской школу частного права. В 2004 г. под руководством М.И. Брагинского защитил в ИЗИСП кандидатскую диссертацию, посвященную гражданско-правовому понятию услуг. Основная сфера исследовательских интересов — корпоративное право и рынок ценных бумаг. Практикующий адвокат. Входит в группу экспертов по созданию МФЦ и ряд консультативных советов.

в целом судебная практика, особенно в сфере корпоративного права, очень развита и дифференцирована. По одной очень узкой проблеме можно найти сотни решений, в которых будут обсуждаться такие нюансы, которые нам и не снились. Напротив, в Европе подобных кейсов крайне мало: судиться вообще не принято (в отличие от США), а те немногие дела, что доходят до высших судов, вовсе не дают ответов на многие практические важные вопросы. Комментаторам остается только домысливать, что мог бы сказать суд в ином деле при других обстоятельствах. Так же обстоят дела и в России. Поэтому Высший Арбитражный Суд действует проактивно и должен решать многие проблемы умозрительно, наперед, с тем чтобы дать участникам оборота понимание правил игры. Поэтому, конечно, без опоры на зарубежный опыт это сделать довольно трудно.

— Можно ли сказать, что опубликованный проект заимствует какую-либо иностранную конструкцию ответственности директоров?

— Я так не думаю. Скорее, если проект будет принят в первоначальном варианте, он может создать новые проблемы для судебной практики, через которые уже прошло американское право.

— Что Вы имеете в виду?

— Без небольшого экскурса в англо-американское корпоративное право здесь не обойтись. Оно всегда позволяло привлекать директора к ответственности за нарушение одной из фидуциарных обязанностей — обязанности заботы (*duty of care*) и обязанности преданности (*duty of loyalty*). Первая предполагает, что директор всегда должен проявлять некий конвенциональный уровень осмотрительности, быть разумным при ведении дел компании. Вторую можно свести к запрету на конфликт интересов: нельзя отождествлять интерес корпорации (или шире — интерес принципала) с собственным интересом при ведении дел от имени компании.

В американской практике почти не встречаются решения, согласно которым директор привлекался бы к ответственности за нарушение одной только обязанности заботы. Это вполне объяснимо: иначе — если бы суды сделали

такую практику общим местом, — им пришлось бы каждый раз домысливать, что сделал бы разумный человек при обстоятельствах, сравнимых с теми, при которых совершалась конкретная сделка, оценивать ее экономическую сторону. Получается, судья, причем постфактум, должен быть более искушенным в коммерческих вопросах, чем предприниматель, совершивший сделку ранее. Как у нас любят говорить, задним умом все крепки: после того как коммерческая неудача стала очевидной, легко судить. Однако суть коммерческой деятельности и заключается в том, что руководитель берет на себя риск.

Сложно будет нашим судьям, которым придется ставить себя на место коммерсанта и решать, правильно ли он понимал коммерческий риск. Когда в прошлом

Сложно придется судьям, которые будут решать, правильно ли директор понимал коммерческий риск

экономическую сторону. Получается, судья, причем постфактум, должен быть более искушенным в коммерческих вопросах, чем предприниматель, совершивший сделку ранее. Как у нас любят говорить, задним умом все крепки: после того как коммерческая неудача стала очевидной, легко судить. Однако суть коммерческой деятельности и заключается в том, что руководитель берет на себя риск.

Сложно будет нашим судьям, которым придется ставить себя на место коммерсанта и решать, правильно ли он понимал коммерческий риск. Когда в прошлом

веке американские, в особенности делавэрские, суды попробовали делать это, последствия их ужаснули. Поэтому сейчас они скорее презюмируют следующее: раз акционеры поручили ведение дел профессиональному управленцу, он не будет совершать откровенных глупостей. Соответственно, за нарушение обязанности заботы, как правило, директоров к ответственности вообще не привлекают, обычно неразумного директора просто меняют.

— А как данная проблема освещается в проекте Постановления ВАС?

— В нем есть отдельные пункты, которые фактически подвигают к тому, чтобы оценивать коммерческую логику сделок. Например, предлагается считать недобросовестным и неразумным совершение сделки на заведомо невыгодных для юридического лица условиях. Это чистая оценка коммерческой составляющей сделки. В каком-то деле я однажды встретил по этому поводу хорошее выражение: *business of business is its own business* («дело бизнеса — это дело самого бизнеса»). Оценивая сделку, суд встает на скользкую дорожку, потому что вчера было разумно и правильно одно, а сегодня — другое.

Высший Арбитражный Суд уже сталкивался с такой проблемой, когда в 2008–2009 гг. чуть было не установилась практика пересмотра условий договоров коммерческого кредита в связи с якобы существенным изменением обстоятельств. Глава ВАС Антон Иванов выступил с рядом заявлений в интервью СМИ, несколько дел было рассмотрено в Президиуме ВАС. В итоге нижестоящим судам был дан однозначный сигнал: решения коммерсантов по условиям кредита пересмотру не подлежат. Договоры, если они заключены, должны исполняться. Потом мы увидели, что та же логика начала прослеживаться в облигационных займах, в поручительстве. Но в данном случае проект Постановления ВАС (второй и третий подпункты второго пункта проекта) пока что идет в прямо противоположном направлении, давая нижестоящим судам возможность пусть и не изменять условия ранее заключенного контракта, но оценивать коммерческую составляющую той или иной сделки.

— Отдельные пункты проекта не столь однозначны. Например, недобросовестность предполагается, если директор знал или должен был знать о том, что его действия не отвечают интересам компании. Это может проявиться как в недооценке коммерческих перспектив сделки, так и в конфликте интересов. Как быть в таком случае?

— Это действительно пограничная ситуация. Опять же если посмотреть на практику американских судов, боящихся вступить на тонкий лед оценки коммерческой составляющей, то суды в таком случае стараются свести все к конфликту интересов (нарушение *duty of loyalty*). В этом отношении показательно известное дело *Smith u. Van Gorkom*, рассмотренное в Делавэр в 80-х гг. прошлого века. Если почитать его внимательно, становится ясно: директора не допустили конфликта интересов (*duty of loyalty*), хотя формально именно это обоснование положено в основание решения суда. В действительности речь шла, скорее, о неосмотрительных действиях директоров (нарушили *duty of care*). Однако если

признать последнее без каких-либо оговорок, суды неминуемо окажутся заваленными массой исков. Поэтому делавэрские судьи нашли выход. Они указали, что директора не могут уповать на защиту через ссылки на правило бизнес-решения (*business judgment rule* – стандартная защита, которая как раз сводится к идее, что за бизнес-решения нельзя судить управленицев, коль скоро это вопрос коммерции), поскольку в данном деле был допущен, по мнению суда, конфликт интересов. Тем самым презумпция о неподсудности директоров за коммерческие решения была опровергнута, но через ссылку на допущенный конфликт интересов. По факту судебный вердикт против директоров вынесен за глупое решение, по обоснованию – за допущенный конфликт интересов.

В проекте разъяснения, о котором Вы говорите, есть еще одна проблема: предлагаются оценить действия директора с точки зрения интересов юридического лица. Но тогда сразу возникает вопрос: позвольте, а что есть интерес АО или ООО? Это, наверное, одна из центральных проблем корпоративного права, потому что интересов юридического лица может быть множество: интерес контролирующего акционера или неконтролирующего акционера, интересы кредиторов, если юридическое лицо находится в предбанкротном состоянии, интересы работников, если владелец продает завод или собирается сокращать работников...

ВАС не дает судам ориентиры для ответа на вопрос, что понимать под интересом юридического лица

На эти отнюдь не академические и вовсе не тривиальные вопросы придется отвечать каждый раз суду, рассматривающему конкретное дело. При этом, к великому сожалению, Высший Арбитражный Суд каких-либо ориентиров на сей счет в проекте не дает. Такое разъяснение, скорее всего, лишь породит большое количество судебных споров, поэтому нужно быть предельно осторожными с названным пунктом, особенно в предложенной редакции.

— Это не единственное положение проекта, в котором действия директора оцениваются с точки зрения наличия у него информации. Например, директор действует недобросовестно, если принимает решение без учета или получения необходимой информации. Почему это так важно?

— По сути, в данном случае используется концепция «информированного решения». Именно с нее иностранные судьи и теоретики права начинают все рассуждения о привлечении директора к ответственности. Более того, информированное решение обычно сразу же отмечает все вопросы с соблюдением обязанности заботы. Чрезвычайно важно и то, что информированное решение позволяет избежать конфликта интересов.

— Каким образом?

— Предположим, что потенциальная сделка может оказаться с заинтересованностью. Что предполагает рассматриваемая концепция? Директор обратится

в крупную юридическую фирму с просьбой написать для него заключение (*legal opinion*), не нарушается ли законодательство, нет ли заинтересованности. Чтобы ответить на эти вопросы, юрист, готовящий *opinion*, должен будет узнать, кто стоит за сделкой, кто ее контролирует. И директор эту информацию раскроет. Получается, что в заключении просто будет вывод «сделка закон не нарушает», однако в нем также будут изложены факты, которые подтверждают отсутствие заинтересованности. Получив такое заключение, директор становится информированным и подтверждает отсутствие конфликта интересов. Для подстраховки на практике получают заключения и от инвестиционных банкиров – *fairness opinion*. Оно подтверждает, что цена сделки не отклоняется от рыночной. Это тоже косвенно свидетельствует об отсутствии конфликта интересов. Таким образом, если вы готовитесь к значительной сделке и обсуждаете ее с иными организациями корпорации или внешними консультантами, получаете от них суждения, подтверждающие вашу коммерческую логику, то для судов, впоследствии оценивающих такую сделку, это верный знак того, что презумпция защиты директора за бизнес-решения работает в его пользу, а не в пользу истцов.

— Проект предусматривает возможность привлечь директора к ответственности, если он заключил сделку с целью ее неисполнения. Имелась ли здесь в виду мнимая сделка и насколько такое ограничение может работать?

— Если читать соответствующий пункт целиком и называть вещи своими именами, в нем, возможно, имелся в виду либо вывод активов в пользу контролирующего лица, либо банальный «откат», который желал получить директор. Получается так: заключили сделку и оплатили ее, изначально ориентируясь на то, что оплата не будет возвращена. В этом пункте, как мне кажется, следовало бы описать предельно понятно практическую ситуацию, причем при ее описании, скорее всего, нужно упомянуть критерий конфликта интересов, поскольку вывод активов всегда сопряжен с ним. Иными словами, главный критерий описания подобной ситуации таков: сделка была направлена на получение выгоды с использованием возможностей, проистекающих из конфликта интересов, точнее, подмены интересов корпорации собственными имущественными интересами.

— А как можно оценить идею о введении ответственности за выбор контрагента или работника?

— Мне кажется, что редакция этого пункта не вполне удачна. Нужно говорить либо о коммерческом риске, либо о конфликте интересов. Ответственность же за выбор контрагентов ничем не отличается от ответственности за неудачную сделку, фактически это обсуждение коммерческого риска. С работниками ровным счетом та же самая ситуация.

— В проекте убытки предлагают взыскивать и за привлечение к публичной ответственности...

Ответственность за выбор контрагентов ничем не отличается от ответственности за неудачную сделку

— По этому пункту у меня нет однозначного мнения, но я скорее противник такой меры. В зарубежных правопорядках, как правило, эта ситуация не обсуждается, если не считать одно исключение — взятки (подкуп) должностных лиц: за это, если будет доказано, в тех же США директоров привлекают к ответственности не только перед государством, но и перед корпорацией. Однако в наших условиях, даже если предположить, что такая мера будет введена, я не понимаю, какой от этого будет эффект. Скажем, компании насчитали многомиллиардный налоговый или антимонопольный штраф. По логике проекта его можно будет взыскать с директора в виде убытков. Но что от этого изменится? Если это делается только ради предупреждающего эффекта, то логика разработчиков весьма странная.

— В ходе обсуждения проекта постановления на портале Закон.ру пользователи предположили, что директора смогут уходить от ответственности через управляющие компании.

— Формально проект эту ситуацию не упоминает, но я не считаю, что она очень актуальна. Если системно проанализировать корпоративное законодательство,

то становится ясно: принципиальных различий между директором и управляющим (индивидуальным предпринимателем или управляющей компанией) нет. Поэтому даже если в конечном варианте Постановления Пленума ВАС не будет сказано отдельно про управляющую компанию, то судебная практика, видимо,

Вероятно, судебная практика будет рассматривать директора и управляющую компанию для целей ответственности за убытки схожим образом

будет рассматривать обычного директора — физическое лицо — и управляющего, в том числе управляющую компанию, для целей ответственности за убытки схожим образом.

— Возможно, вначале будут привлекать к ответственности управляющую компанию, а дальше участники этой компании смогут взыскивать убытки с виновного лица?

— Вероятно. Если в управляющей компании есть единоличный руководитель, то проблем с ответственностью вообще не возникает. Другой случай, если от имени управляющей компании выступают специальные менеджеры по доверенности. Там могут возникнуть вопросы с определением ответственности конкретного лица, поскольку появляются проблемы с передоверием. В качестве обобщения повторюсь, что уйти от ответственности через управляющую компанию, на мой взгляд, нереально.

— На практике есть еще одна проблема: зачастую у компании есть управляющий участник или акционер, который, по сути, и принимает управленческие решения. Можно ли в такой ситуации взыскивать убытки с директора и как решить вопрос о привлечении управляющего лица к ответственности?

— Вы затрагиваете фундаментальную проблему ответственности контролирующего лица. Сразу скажу, что она пока не решена в проекте и вряд ли может быть решена путем дачи разъяснений судам. Суть ее сводится к следующему. В иностранных юрисдикциях различают ответственность директоров публичных корпораций и непубличных корпораций.

В публичных корпорациях, условно говоря, нет контролирующих акционеров. Поэтому привлечение их директора к ответственности — это, скорее, превенция и лишь потом кара для плохого или нечистого на руку управленца.

Всё обстоит иначе с непубличными корпорациями. У нас это все ООО, ЗАО и львиная доля ОАО, поскольку большинство ОАО никакие не публичные, они имеют контролирующих акционеров. В этой ситуации привлечение к ответственности единоличного исполнительного органа — это зачастую привлечение к ответственности не самого директора, а управляющего участника. Причем он может быть и гендиректором, классическая ситуация для многих ООО. Подобного директора иные участники непубличной корпорации обычно пытаются привлечь к ответственности именно потому, что они не согласны с действиями, которые он осуществляет с использованием принадлежащей ему доли либо полномочий руководителя. В сущности говоря, речь идет о конфликте интересов: контролирующий участник рассматривает корпорацию как личный карман, не особенно думая о прочих участниках.

Дальше возможны два варианта. Первый — это возможность подать иски об убытках к директору, как в обсуждаемом проекте. Тогда лицо страдает только от того, что платит некую компенсацию. Второй вариант — иски об исключении участника из закрытой корпорации, напомню, возможные в случае с ООО (ст. 10 Федерального закона от 08.02.1998 № 13-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»). Но, по сути, и в первом, и во втором случае лицу вменяется в вину то, что он делал (или не делал) в связи с получением контрольных функций. Как правило, эти контрольные функции увеличиваются за счет получения полномочий генерального директора.

— А не получается ли в случае взыскания убытков с директора или контролирующего лица, что деньги просто перекладываются из одного кармана в другой?

— Для небольших и закрытых корпораций, если не работает механизм исключения недобросовестного участника, это будет именно так: деньги переходят от контролирующего лица компании, которая им же и контролируется. Однако если другие участники могут исключить его как участника и все полученное в виде компенсации убытков останется в корпорации, то это совершенно иная история, куда более интересная для участников, — засудить гендиректора или контролирующего участника, а потом избавиться от него.

— Бывают и другие случаи: в компании есть лицо, которое формально не обладает каким-либо статусом, но фактически управляет делами.

— Да, это щекотливая ситуация в закрытых корпорациях. Наличие такого *alter ego* — контролирующего участника, который назначает зицпредседателя для

подписания документов, видимо, одна из самых болезненных проблем, с которой придется сталкиваться ВАС в ближайшее после принятия Постановления время.

— Но Вы сказали, что эту проблему не решить судебным толкованием норм права?

— Дело в том, что глобальный вопрос ответственности контролирующего лица связан с проблемой определения аффилированных, или связанных, лиц для целей корпоративного права. Действующее законодательство, определяющее таких лиц, лишь перечисляет набор критериев аффилированности лица. Но чтобы избежать применения этих критериев, большого труда не понадобится. Проблему предлагали решить в проекте изменений в ГК РФ, где помимо формальных критериев судам предлагалось дать право самим определять взаимозависимость в каждом конкретном случае. Например, родственников, которые утратили родственные отношения, вряд ли можно назвать аффилированными, хотя формально они такими и являются. Достаточно вспомнить основателей *Puma* и *Adidas*, а также семью *Porsche*. То же самое с супругами, которые фактически перестали жить вместе как семья. Даже Семейный кодекс содержит конструкцию, указывающую на фактическое прекращение брачных отношений. Есть ли здесь аффилированность? Очевидно, нет, но в ГК РФ эта норма не вошла. Возможна и обратная ситуация, которую суды видят сплошь и рядом: два ООО или АО, формально никак не связанные между собой, делают что-то неправомерное настолько синхронно, что остается лишь удивляться такой прозорливости. Иностранным судье, как правило, в таких ситуациях довольно просто связать две компании, чего не скажешь о российском праве... Увы, наши суды такими возможностями пока не обладают.

Возвращаясь к нашей теме, я лишь выскажу опасение, что без нормы об аффилированности проект постановления не будет работать вообще, а не только в вопросе привлечения к ответственности контролирующего лица. Должна

быть норма-принцип о том, что суд с учетом фактических обстоятельств дела, пусть и самым общим образом обозначенных в законодательстве, может сказать, что два или более лица являются аффилированными.

Иначе заинтересованности можно избежать с помощью нескольких ООО «Лютик», «Ромашка» и «Одуванчик», и к ответственности директора привлечь не удастся. Поэтому я не рассчитываю, что ситуация изменится кардинально.

Без нормы об аффилированности разъяснения ВАС РФ по взысканию убытков с директоров не будут работать

— А нельзя ли решить эту проблему толкованием закона, чтобы вывести определение аффилированного лица на уровне разъяснения ВАС РФ?

— Несмотря на всю либеральность и прогрессивность Высшего Арбитражного Суда, боюсь, что нет. Это так или иначе норма об ответственности, которая расширительному толкованию не подлежит. Вопрос слишком принципиальный, он должен найти решение в законодательстве.